Die Unzulässigkeit der Niessbrauchsbestellung an Kindesvermögen für den elterlichen Nutzniesser

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Wilhelm Dieben

Eisleben 1913
Hans Särchen (Buchdruckerei Aug. Klöppel)
Baruth (Mark) — Eisleben.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Lebenslauf.

Am 4. Januar 1891 bin ich, Wilhelm Dieben, in Baruth (Mark) als Sohn des Superintendenten Dr. Otto Dieben und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Schoenow geboren.

Nachdem ich privatim vorbereitet war, kam ich 1903 in das Alumnat des Kgl. Joachimsthalschen Gymnasiums zu Berlin.

Am 24. Februar 1907 starb mein Vater.

Von Ostern 1907 ab besuchte ich das Gymnasium zu Steglitz und bestand Ostern 1909 die Reifeprüfung.

Ich studierte hierauf an den Universitäten Freiburg, Montpellier, Berlin.

Die Ferien benutzte ich zu Reisen nach Italien, Frankreich, Spanien und England.

Am 10. Januar 1913 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Kgl. Kammergericht, am 5. März 1913 das Rigorosum vor der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Seit dem 28. Januar 1913 bin ich als Referendar am Amtsgericht Kyritz tätig.

Literatur.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1900.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, 3. Aufl., 1911.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 9. Aufl., 1909.

Fuchs, Das Zusammentreffen von Nutzniessung und Niessbrauch des Nutzungsberechtigten und des Objekts, 1913.

v. Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht, 1889, 465 ff.

— Deutsches Privatrecht, 1895/05.

Heinsheimer, Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau bei dem ordentlichen gesetzlichen Güterstand des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1903.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1903.

— System des deutschen Zivilprozessrechts, 1912.

Huber, Die Eigentümerdienstbarkeit. In der Berner Festschrift für Hermann Fitting, 1902.

Kipp, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Familienrecht, 2. Teil.

— Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift für v. Martitz, 1911.

Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte, in Enzyklopädie der Rechtswiss. von Holtzendorff-Kohler, 1904, 6. Aufl.

— Bürgerliches Recht in Enzyklopädie usw.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1888.

Opet und v. Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1906.

Petersen, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von Remelé und Anger, 5. Aufl., 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., 1905.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1910.

Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts.

Stammler, Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft in „Kultur der Gegenwart“, 1906.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. und 4. Aufl., 1908.

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1910.

Winscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearb. von Kipp, 9. Aufl., 1906.

M. Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 1910.

— dasselbe, Familienrecht, 1912.

Inhalt.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Gang der Untersuchung 7
§ 2. Formelle Gültigkeit der Niessbrauchsbestellung; Willensauslegung des letztwillig Verfügenden bei Vermächtnisniessbrauch . . . 10

B. Hauptteil.

I.

§ 3. Kritik der Entscheidungen, die keinen Unterschied machen zwischen kongruenten und inkongruenten Teilen von Niessbrauch und Nutzniessung 13

II.

Prüfung der Lösungen, die eine solche Unterscheidung machen.

§ 4. Die Unterschiede von Nutzniessung und Niessbrauch nach herrschender Meinung 16
§ 5. Widerlegung der Ansicht, dass der Niessbrauch bestellt, nur nicht ausgeübt werden könnte 18
§ 6. Widerlegung der Ansicht Kipps 20

III.

Darstellung der eigenen Lösung.

§ 7. Der Unterschied zwischen Niessbrauch und Nutzniessung . . 27
§ 8. Die Unmöglichkeit der Niessbrauchsbestellung an Gegenständen, die der Nutzniessung unterliegen 31
§ 9. Zusammenfassung des Ergebnisses 36

C. Schluss.

§ 10. Die praktischen Folgen des gefundenen Ergebnisses 39

A. Einleitung.

§ 1.

Gang der Untersuchung.

Es kommt häufig vor, dass minderjährige Kinder zu Erben eines Vermögens eingesetzt werden, und dem Inhaber der elterlichen Gewalt der Niessbrauch an diesem Vermögen vermacht wird. In diesem Fall hat der Inhaber der elterlichen Gewalt schon mit dem Erbfall, mit welchem das Vermögen auf die Kinder übergegangen ist, die Nutzniessung. Welche Folgen hat es nun, wenn zu dieser Nutzniessung noch der Niessbrauch hinzukommt? Geht das eine Recht dem andern vor, oder konkurrieren beide Rechte miteinander?

Dass diese Frage nicht rein theoretisch von Bedeutung ist, ergibt sich daraus, dass einmal unmittelbar die materiellrechtlichen Wirkungen von Niessbrauch und Nutzniessung verschieden sind; so dauert z. B. die Nutzniessung bis zur Volljährigkeit, der Niessbrauch nur für die Zeit, für die er bestellt ist. Dann aber hat die verschiedene Beantwortung der Frage auch prozessrechtliche Folgen: die Pfändungsbeschränkungen bezüglich der Früchte sind verschieden geregelt, je nachdem diese Früchte auf Grund der Nutzniessung

(§ 862 ZPO.) oder auf Grund des Niessbrauchs gemäss § 850 No. 3 ZPO. („auf Grund der Fürsorge oder Freigebigkeit eines Dritten") gezogen werden. Denn im ersten Falle dürfen dem Inhaber der elterlichen Gewalt nur die erworbenen Früchte gepfändet werden, deren er nicht zu seinem standesgemässen Unterhalt und der übrigen im § 862 ZPO. genannten Verpflichtungen bedarf. Gemäss § 850 No. 3 ZPO. können jedoch die fortlaufenden Einkünfte nur insoweit nicht gepfändet werden, als der Schuldner derselben zum notdürftigen Unterhalt seiner selbst und ferner auch nur zum notdürftigen Unterhalt seiner Frau und seiner unversorgten Kinder bedarf.

Wenn man die oben gestellte Frage einem französischen Richter vorlegen würde, so müsste dieser nach dem Code civil, wie folgt, entscheiden: Gemäss Art. 384 C. c. hat der Vater den gesetzlichen Niessbrauch (Art. 579 C. c.) und infolgedessen das Recht der „jouissance des biens" seiner Kinder, ebenso wie jeder andere vertragliche Niessbraucher gemäss Art. 578 C. c. Da die Kinder nicht mehr das Recht haben, „de jouir ses choses" (Art. 578 C. c.), so können die Kinder durch ihren elterlichen Gewalthaber (Art. 450 C. c.) auch nicht mehr dieses Recht dem elterlichen Gewalthaber übertragen, nicht weil dieser es schon einmal hat, sondern, weil es den Kindern nicht mehr zusteht.

Nach dem I. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs § 1520 fanden auf die elterliche Nutzniessung die Vorschriften über Niessbrauch Anwendung. Nach dem Vorschlage Gierkes[1]) ist jetzt aber im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr bezüglich

[1]) Entwurf eines BGB. 465 ff.

des Nutzniessungsrechts generell auf den Niessbrauch verwiesen, vielmehr finden die Vorschriften über den Niessbrauch gemäss § 1652 BGB. nur noch für den Erwerb der Nutzungen Anwendung, und infolgedessen können wir nicht, wie nach Code civil, entscheiden, ob das eine Recht dem andern vorgeht, sondern wir müssen noch eine zweite Frage stellen: Falls etwa beide Nutzungsrechte, insoweit sie die gleichen Wirkungen haben, nicht konkurrieren können, ist dann das Bestehen des zeitlich zweiten Rechts noch insoweit möglich, als es andere Wirkungen als das zeitlich erste Recht hat? Aus dem Ebengesagten ergibt sich, dass diejenigen Lösungen, die ohne Berücksichtigung der mannigfachen Verschiedenheiten der Wirkungen von Niessbrauch und Nutzniessung eine Entscheidung fällen, schon aus diesem Grunde nicht richtig sein können. Wir werden uns jedoch im folgenden zuerst trotzdem mit den Meinungen der anderen beschäftigen, die ohne eine solche Unterscheidung zu einer Lösung glauben kommen zu können; sodann nach Begutachtung der Ansichten, die unter Aufdeckung der Verschiedenheiten zwischen Niessbrauch und Nutzniessung zu unserm Problem Stellung nehmen, wollen wir die eigne Ansicht entwickeln.

Bevor wir jedoch auf die im Thema gestellte Frage eingehen, soll mit Rücksicht darauf, dass in der Praxis der zur Nutzniessung hinzukommende Niessbrauch meistens testamentarisch angeordneter Vermächtnisniessbrauch sein wird, kurz, auf die Untersuchung der Möglichkeit der Bestellung des Niessbrauchs an den Inhaber der elterlichen Gewalt durch sich selbst als Vertreter der Kinder und zu gleicher Zeit auf die Bedeutung des Willens des letztwillig Verfügenden eingegangen werden.

§ 2.

Formelle Gültigkeit der Niessbrauchsbestellung; Willensauslegung des letztwillig Verfügenden bei Vermächtnisniessbrauch.

Wenn der Erblasser im Testament anordnet, dass dem Inhaber der elterlichen Gewalt der Niessbrauch an dem vom Erblasser den minderjährigen Kindern hinterlassenen Vermögen zustehen soll, so sind nach § 2174 BGB. die Kinder verpflichtet, dem elterlichen Gewalthaber den Niessbrauch zu bestellen. Da der Inhaber der elterlichen Gewalt gesetzlicher Vertreter der Kinder ist, so muss er mit sich selbst kontrahieren. Die Frage, ob die Niessbrauchsbestellung infolgedessen überhaupt zulässig ist, muss nach § 181 BGB. bejaht werden, da die Bestellung ausschliesslich in Erfüllung einer die Kinder als Erben treffenden Verbindlichkeit besteht. Handelte jedoch der Inhaber der elterlichen Gewalt, ohne dass die Niessbrauchsbestellung als Vermächtnis den Kindern auferlegt wäre, sondern wollte er sich den Niessbrauch am Vermögen der Kinder bestellen, weil er durch ihn weitergehende Rechte als er durch die Nutzniessung hat noch hinzu erwirbt, so würde es sich nicht lediglich um Erfüllung einer Verbindlichkeit handeln. Es müsste also zur formellen Gültigkeit der Niessbrauchsbestellung ein Pfleger nach 1909 BGB. ernannt werden, wenn nicht das Rechtsgeschäft nach § 181 nichtig sein sollte.

Neben diesen formalen Gründen, aus denen sich von vornherein eine Unmöglichkeit der Konkurrenz von Niessbrauch und Nutzniessung ergeben könnte, ist auch noch bei Ver-

mächtnisniessbrauch der letzte Wille des Erblassers zu berücksichtigen. Es ist möglich, dass der Erblasser die letztwillige Verfügung getroffen hat in der Absicht, dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Nutzniessung zu entziehen und ihm allein den Niessbrauch zukommen zu lassen. Die Zulässigkeit einer Ausschliessung der Nutzniessung ergibt sich aus § 1651 Nr. 2 BGB. Liesse sich also ein entsprechender Wille des Erblassers nachweisen, so würden allein die Vorschriften über Niessbrauch gelten. Ferner wäre denkbar — hierauf macht Peiser[1]) aufmerksam —, dass der Erblasser die Nutzungen des Kindesvermögens dem Vermächtnisnehmer zuwenden wollte, gleichviel, ob dieser sie durch Niessbrauch oder mittels der Nutzniessung erwirbt. Dann könnte ein Niessbrauch in dem Fall, dass der Vermächtnisnehmer zugleich gesetzlicher Vertreter des Beschwerten ist, wieder gemäss § 181 BGB. nicht zustande kommen, da auch hier die Niessbrauchsbestellung nicht ausschliesslich in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Beschwerten bestehen würde. Es läge dann allein Nutzniessung vor. Wenn aber, wie es häufig der Fall ist, der Erblasser den lebenslänglichen Niessbrauch vermacht hat, so ist es klar, dass der Erblasser jedenfalls dem Inhaber der elterlichen Gewalt die der Nutzniessung gegenüber weitergreifenden Vorteile des Niessbrauchs zukommen lassen wollte. Denn die Nutzungen auf Grund der Nutzniessung würden dem elterlichen Gewalthaber höchstens bis zur Volljährigkeit der Kinder zustehen. Dass also der Erblasser in diesem Falle den Niessbrauch dem Inhaber der elterlichen Gewalt zuwenden wollte, insoweit er mehr Rechte gewährt als die demselben

---

[1]) Pos. Mschr. 1908 4 ff.

schon zustehende Nutzniessung, steht fest. Ob er ihm aber auch die von der Nutzniessung schon gewährten Rechte durch den Niessbrauch nochmals zuwenden wollte, ist zweifelhaft, aber nicht ohne weiteres zu verneinen.

In manchen Fällen wird also die Willensauslegung der letztwilligen Verfügung zu einem Ergebnis führen; meistens wird aber diese rein auf tatsächliche Gründe sich stützende Untersuchung wegen der Unmöglichkeit der Feststellung des letzten Willens versagen, und dann ist eine Lösung nur mittels juristischer Begründungen zu finden.

B. Hauptteil.

I.

§ 3.

Kritik der Entscheidungen, die keinen Unterschied machen zwischen kongruenten und inkongruenten Teilen von Niessbrauch und Nutzniessung.

Das Hamburger Oberlandesgericht löst die hier bearbeitete Frage, ohne auf eine Auslegung des letzten Willen des Erblassers einzugehen, und ohne die zwischen Niessbrauch und Nutzniessung bestehenden Unterschiede zu berücksichtigen, in der Weise, dass es in der Hanseat. Ger.-Z. von 1905, Beibl. S. 249, etwa folgendermassen ausführt:

Die minderjährigen Kinder sind Erben; dem Vater ist der lebenslängliche Niessbrauch an der Erbschaft der Kinder vermacht. Also „erwarben die Kinder ihre Erbteile belastet mit dem Niessbrauch an denselben zugunsten eines dritten, und es kann der Vater der Kinder die ihm gemäss § 1649 BGB. zustehende Nutzniessung, solange dieser Niessbrauch besteht, nicht ausüben."

Diese Entscheidung ist aus dem Grunde unhaltbar, dass nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Vermächtnis obligatorischer und nicht dinglicher Natur ist. Der Niessbrauch entsteht erst nach der Bestellung; die Nutzniessung ist schon mit dem Erbfall entstanden. Eine zeitliche Priorität des Niessbrauches, wie es das Hamburger Oberlandesgericht an-

zunehmen scheint, ist also auf jeden Fall ausgeschlossen. Und wenn diese nicht vorliegt, aus welchen Gründen liesse sich dann wohl die Entscheidung über das Vorgehen des Niessbrauchs rechtfertigen?

Das Oberlandesgericht gibt als zweiten Grund an, dass niemand am Vorgehen des Niessbrauchs vor der Nutzniessung zweifeln würde, wenn der Niessbrauch einem andern als dem Nutzniesser zustände. Das würde allerdings niemand bezweifeln, weil eine solche Ausschliessung der Nutzniessung nach § 1651 No. 2 BGB. möglich ist und sich aus der Anordnung der Bestellung des Niessbrauchs für einen dritten klar ergeben würde. Das Problem ist aber gerade, eine Lösung zu finden, wenn Niessbrauch und Nutzniessung derselben Person zustehen und es nicht ersichtlich ist, dass der Erblasser die Nutzniessung ausschliessen wollte.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts gibt also kein befriedigendes Ergebnis.

Ebenso wie das Hamburger Oberlandesgericht machen Planck[1]) und Staudinger-Engelmann[2]) keine Bemerkung darüber, dass die Verschiedenheiten zwischen Niessbrauch und Nutzniessung zu berücksichtigen wären und infolgedessen ein Unterschied zu machen sei, etwa dahin, dass beide Nutzungsrechte, soweit sie auf dasselbe Ziel gehen, nicht konkurrieren, soweit sie aber divergieren, bestellt werden könnten. Vielmehr erklären Staudinger und Planck ohne Begründung, der Niessbrauch gehe der Nutzniessung vor. Inwieweit diese Entscheidung beim Vorhandensein gewisser tatsächlicher Voraussetzungen gerechtfertigt ist, haben wir im § 2 gezeigt.

[1]) III § 1649, Anm. 5.

[2]) III § 1649, Anm. 6.

Voraussetzungslos ist aber eine solche Entscheidung nicht haltbar, wie noch weiter unten gezeigt werden wird.

Eine Begründung für diese von Planck und Staudinger-Engelmann unbegründet gelassene Behauptung lässt sich vielleicht bei Opet und v. Blume[1]) und M. Wolff[2]) finden. Ersterer hält die Nutzniessung für ein Familienrecht, nicht für ein dingliches Recht am Vermögen der Kinder und zieht daraus die Folgerung, dass das Nutzniessungsrecht später entstehenden Rechten an den Gegenständen der Kinder nicht entgegensteht.

Nach M. Wolffs Definition der Nutzniessung des Ehemanns, die aber auch für den elterlichen Nutzniesser gilt, ist das Nutzniessungsrecht seiner Quelle nach ein Familienrecht, das das ihm unterliegende Vermögen in seinem „wechselnden Bestand" ergreift. Daher unterliegt der Nutzniessung ein Gegenstand, wenn er belastet wird, nur unbeschadet dieser Belastung. Diese Ansicht ist auch in den Motiven (IV 193) vertreten. Aber gerade dieser Satz von Wolff gilt nur dann, wenn Niessbrauch und Nutzniessung nicht derselben Person zustehen.[3])

---

[1]) § 1649, Anm. 1.

[2]) Familien-R. 174.

[3]) Bei M. Wolff wäre sonst jedenfalls die Ausführung (Familien-R. § 47, Anm. 4) unverständlich, wonach er es gerade für möglich hält, dass dem Ehemann, der schon die Nutzniessung am eingebrachten Gute hat, dazu noch der Niessbrauch durch die Frau bestellt werden kann. Gälte der in unserm Text zitierte Satz auch für den Fall, dass Niessbraucher und Nutzniesser dieselbe Person sind, so könnte Wolff nicht mit Kipp übereinstimmen, auf den er verweist, da nach Kipp beide Rechte konkurrieren können, nach Wolff aber das Vermögen nur unbeschadet des Niessbrauchs der Nutzniessung unterliegen würde.

II.

Prüfung der Lösungen, die einen solchen Unterschied machen.

§ 4.

Die Unterschiede von Niessbrauch und Nutzniessung nach herrschender Meinung.

Zu ganz anderen Ergebnissen kommen diejenigen Schriftsteller, die eine Unterscheidung zwischen den kongruenten und inkongruenten Teilen von Niessbrauch und Nutzniessung machen. Bevor wir auf diese Ansicht eingehen, müssen wir uns aber klar werden, inwieweit man überhaupt von einer Kongruenz dieser beiden Nutzungsrechte reden darf. Die Streitfrage, ob es sich bezüglich der Nutzniessung um ein dingliches oder ein Familienrecht handelt, zu erörtern, ist hier nicht nötig. Wir beschäftigen uns nur mit den Wirkungen von Nutzniessung und Niessbrauch.

So wie die herrschende Meinung das Verhältnis von Nutzniessung und Niessbrauch auffasst, könnte man die beiden Nutzungsrechte mit zwei sich schneidenden Kreisen vergleichen: In einem grossen Teile decken sie sich, in den beiden überschiessenden Teilen haben sie verschiedene Wirkungen. Inkongruent sind Niessbrauch und Nutzniessung in herrschender Meinung in folgendem: der Niessbrauch besteht an den einzelnen Gegenständen, die Nutzniessung an dem Sondervermögen in seinem wechselnden Bestande, so dass z. B. der Niessbrauch bei Kenntnis desselben durch den Erwerber an einer Sache fortbesteht, wenn die Sache auch vom Be-

steller veräussert wird, die Nutzniessung dagegen im gleichen Falle unterginge, selbst wenn der Vater sich die Nutzniessung vorbehalten hätte. Der Niessbrauch besteht für die Zeit, für welche er bestellt ist, die Nutzniessung nur bis zur Volljährigkeit, dem Tode der Kinder oder der Verheiratung der noch nicht einundzwanzigjährigen, sofern sie mit Einwilligung der Eltern geschieht (§§ 1305 und 1364 BGB.). Die Nutzniessung kann unter der Voraussetzung des § 1666 und 1680 entzogen werden, der Niessbrauch, selbst wenn die Voraussetzungen dieser Paragraphen vorliegen, nicht.[1])

Beim Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen erwirbt der Niessbraucher Eigentum und ist nur nach Beendigung des Niessbrauches zum Ersatz des Wertes verpflichtet (§ 1067). Der Nutzniesser wird dagegen nicht Eigentümer, sondern hat nach § 1653 BGB. nur das Recht, die Sachen für sich zu veräussern oder zu verbrauchen; bei Geld ist ausserdem noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Dieser Unterschied in der Regelung des Niessbrauchs und der Nutzniessung an verbrauchbaren Sachen ist ausserordentlich tief, und man kann Kipp[2]) darin nicht beistimmen, dass es nur vom Willen des Vaters abhinge, bezüglich seiner Nutzniessung an verbrauchbaren Sachen den Zustand des sog. quasi usus fructus herbeizuführen. Denn im Falle des Konkurses des Quasiusufruktuars hat der Besteller nur eine gewöhnliche Konkursforderung, da der Quasiusufruktuar Eigentümer geworden ist, und nur ein obligatorischer Anspruch des Bestellers auf Herausgabe gegen ihn besteht. Fällt dagegen der Nutzniesser in Konkurs, so haben die

[1]) so RGE. in Gruchots Beitr. 1909 1186 ff.

[2]) Familien-R. § 81 III 2.

Kinder, auch wenn es sich um verbrauchbare Sachen handelt, solange die Sachen noch nicht verbraucht oder veräussert sind, einen Aussonderungsanspruch. Ferner bleibt nach herrschender Meinung[1]) der Niessbrauch an einer Forderung auch dann bestehen, wenn Identität von Schuldner und Gläubiger vorliegt, wenn also z. B. das Kind, an dessen Vermögen ein Niessbrauch bestellt ist, seinen Schuldner beerbt, während ein solches Fortbestehen bei der Nutzniessung nicht stattfindet. Ein weiterer Unterschied ergibt sich aus folgender Überlegung: Es ist möglich, dass der Vater nicht die Verwaltung des Kindesvermögens, wohl aber die Nutzniessung hat. In diesen Fällen[2]) steht dem Vater der Mitbesitz an Inhaberpapieren, das Verfügungsrecht über Kapital und Forderungen des Kindes nicht zu. Diese Berechtigungen hätte er aber als Niessbraucher.[3]) Im übrigen sind Niessbrauch und Nutzniessung bezüglich ihrer Wirkungen gleich (§ 1652 BGB.). Diese Untersuchung ist die Voraussetzung für das Verständnis der im folgenden angeführten Lösungen unseres Problems.

§ 5.

Widerlegung der Ansicht, dass der Niessbrauch bestellt, nur nicht ausgeübt werden könnte.

Nachdem diese Differenzierung zwischen Niessbrauch und Nutzniessung gemacht und festgestellt worden ist, in welchen Wirkungen sich beide Nutzungsrechte decken, und wo sie

[1]) vgl. Wolff, Sachen-R. § 120 VI 4; und Planck III § 1071 Anm. 5.

[2]) im Fall der §§ 1638, 1647, 1670, und 1678 BGB.

[3]) vgl. dazu Kommentar der Reichsgerichtsräte § 1649 Nr. 2, Staudinger § 1652 2 b r.

auseinander gehen, sind unter dieser Voraussetzung wieder zwei Lösungen versucht, die aber m. E. von falschen Prämissen ausgehen, wie unten § 9 gezeigt werden wird.

Nach der von Fuchs[1]) vertretenen Ansicht kann der elterliche Gewalthaber den Niessbrauch bestellt erhalten; er wird in das Grundbuch eingetragen, und das Grundbuch wird nicht unrichtig, jedoch entsteht der Niessbrauch nur insoweit er sich nicht mit der Nutzniessung deckt.

Wenn man annimmt, dass der Niessbrauch bestellt werden kann, so muss man zu diesem Ergebnis kommen in Konsequenz der herrschenden Meinung über die Konkurrenz von Rechten, die bei Identität von Subjekt und Objekt auf dasselbe Ziel gehen. Am schärfsten formuliert ist diese Lehre, dass absolute Rechte unter den genannten Voraussetzungen nicht auf dasselbe Ziel gehen können, von Hellwig:[2]) „Entweder hat der zeitlich erste Erwerbsgrund das Recht gegeben (dann kann es der zweite nicht noch einmal), oder es war wirkungslos (dann kann erst der zweite das Recht entstehen lassen).“ Man darf diesen Satz inbezug auf die Konkurrenz von Niessbrauch und Nutzniessung nicht deshalb verwerfen, weil es sich in dem einen Fall um ein Familien-, im anderen um ein dingliches Recht handle. Erstens ist die familienrechtliche Natur der Nutzniessung bestritten.[3]) Dann ist ferner zu beachten, dass der Streit sich nur um die Quelle, nicht um den Inhalt des Rechts dreht. Dass beide Nutzungsrechte absolute Rechte

[1]) Fuchs § 6.

[2]) System § 118 I; vgl. auch v. Tuhr, Allg. T. 139 und Windscheid-Kipp § 121 611.

[3]) Für die Dinglichkeit sind v. Tuhr, Allg. T. 137 und RGKom. § 1649 Anm. 2; für die familienrechtliche Natur: Opet und v. Blume § 1649 Anm. 1.

sind, die, soweit sie sich decken, auf dasselbe Ziel gehen, ist wohl unbestritten. Hellwigs Satz auf unsern Fall angewendet, wie es Fuchs tut, bedeutet also: entweder ist durch den Anfall des Vermögens an die Kinder die Nutzniessung, soweit sie sich mit dem Niessbrauch deckt, entstanden, dann kann die Niessbrauchsbestellung den Niessbrauch, soweit er sich mit der Nutzniessung deckt, nicht mehr entstehen lassen, oder die Nutzniessung ist aus irgend welchen Gründen nicht entstanden, dann ist der Niessbrauch nicht nur, soweit er sich nicht deckt, sondern vollkommen zur Entstehung gelangt.

Unsere Aufgabe ist es gerade, zu untersuchen, ob Niessbrauch und Nutzniessung gemeinsam am Kindesvermögen bestehen können. Wir unterstellen also, dass die Nutzniessung entstanden ist. Dann ist nach der Ansicht von Fuchs, wenn die vom Gesetz verlangten Erfordernisse für die Niessbrauchsbestellung erfüllt sind, der Erwerbsgrund für den Niessbrauch vorhanden, der Niessbrauch selbst aber nur soweit entstanden, als er sich nicht mit der Nutzniessung deckt.

Fiele also die Nutzniessung fort, so würde ohne weiteres der Niessbrauch restlos in Kraft treten, da ja der Erwerbsgrund vorhanden ist, und eine Rechtskonkurrenz nicht mehr vorliegt. Über den Fehler dieser Entscheidung, der übrigens auch nicht von Kipp[1]) in der von ihm wegen formalistischen Denkens verworfenen Lösung gemacht wird (siehe unten § 9).

§ 6.

Widerlegung der Ansicht Kipps.

Angenommen, die im vorigen Paragraphen gefällte Entscheidung wäre bezüglich des Vorhandenseins eines Erwerbs-

[1]) Familien-R. § 81 Anm. 12.

grundes für den Niessbrauch richtig, vorausgesetzt also, die Niessbrauchsbestellung wäre möglich, (wie es Kipp tatsächlich annimmt) so wäre zu untersuchen, ob der von Hellwig zitierte Satz über die Unmöglichkeit der Konkurrenz absoluter Rechte, die auf dasselbe Ziel gehen, unbestreitbar ist. Nach der von Huber (S. 38 ff.) vertretenen Meinung ist das Recht an eigener Sache ein Recht, das bei Identität von Subjekt und Objekt auf dasselbe Ziel geht. Da Rechte an eigner Sache im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannt sind (vgl. z. B. § 889 BGB.), so könnte man nach dieser Konstruktion annehmen, dass sich aus dem BGB. selbst der oben von Hellwig zitierte Satz widerlegen liesse. Nach h. M.[1]) dagegen handelt es sich bei Rechten an eigener Sache um Eigentumssplitter. (Näher auf diese Streitfrage einzugehen, würde von dem in dieser Arbeit vertretenen Standpunkte nicht lohnen, da von einer Konkurrenz von Rechten aus dem Grunde keine Rede sein kann, weil für den Niessbrauch kein Entstehungsgrund vorhanden ist. Vielmehr ist, wie unten gezeigt werden wird, die Niessbrauchsbestellung nichtig, ein zeitlich zweiter Erwerbsgrund für ein absolutes Recht, das auf dasselbe Ziel geht, also nicht vorhanden.)

Kipp[2]) hält es für möglich und für „innerlich berechtigt", dass, wenn an den der gesetzlichen Nutzniessung unterliegenden Gegenständen der Niessbrauch, auch soweit er sich mit der Nutzniessung deckt, erworben ist, beide Nutzungsrechte miteinander konkurrieren können. Kipp weicht also von Fuchs in zwei Punkten ab: wenn man formalistisch vorgeht, so kann

[1]) vgl. Gierke § 166 II; Kohler: Encycl. I S. 616; M. Wolff Sachenrecht § 147 I 1.

[2]) Familien-R. § 81 Anm. 12.

nach Kipp der Niessbrauch überhaupt nicht bestellt werden, und infolgedessen kommt es auch zu keiner Konkurrenz zwischen Niessbrauch und Nutzniessung. Hält man aber die Niessbrauchsbestellung für möglich, so besteht nach Kipp kein Zweifel an der Konkurrenz beider Rechte. Fuchs nimmt jedoch an, der Niessbrauch könne bestellt werden, aber trotzdem komme es zu keiner Konkurrenz.

Kipp scheint seine Ansicht, die er innerlich für berechtigt hält, dass Niessbrauch und Nutzniessung am selben Vermögen derselben Person zustehen können, auf seine in den „Doppelwirkungen im Recht" niedergelegten Sätze stützen zu wollen. Er beweist dort, unter Verwerfung der metaphysisch-naturwissenschaftlichen Anschauungsweise in der Jurisprudenz, dass aus der Natur des Rechts sich kein Hindernis dafür ergebe, dass zwei Erwerbsgründe kausal für ein und dasselbe Recht sein könnten.[1]) Wir werden im folgenden versuchen darzulegen, weshalb generell gegen diese Ansicht nichts einzuwenden, in der Anwendung auf unseren Fall dieselbe aber zu verwerfen ist.

Wir haben hier also zu untersuchen, weshalb es nicht möglich ist, dass, wenn der zeitlich erste Erwerbsgrund ein absolutes Recht gegeben hat, ein zweiter, späterer Erwerbsgrund zureichend für die Entstehung eines Rechts, das auf dasselbe Ziel geht, sein kann. Hellwig,[2]) dem auch Kipp[3]) und v. Tuhr[4]) beistimmen, erklärt es damit, dass das Recht

[1]) vgl. Kipp, Doppelwirkungen 220. Da eine Wirkung auf zwei Gründen beruhen soll, so müsste man eigentlich von einer Doppelbegründung, nicht von einer Doppelwirkung reden.

[2]) Lb. § 37 I.

[3]) bei Windscheid 611.

[4]) Allg. T. 139.

schon existiere und nicht dasselbe schon existierende Recht zum zweiten Mal geschaffen werden könne. Nach der jetzigen Meinung Kipps ist dagegen eine solche Konkurrenz möglich. Es werden hier aus der Natur des Rechts Konsequenzen gezogen, die falsch sein müssen, wenn nicht die Voraussetzung, d. h. die Frage nach der Natur des subjektiven Rechts selbst gelöst ist.

Dass das Recht im objektiven Sinne Wille sei, ist heute fast unbestritten.[1]) Es ist sozialer Wille, insofern das Recht erst innerhalb einer Mehrheit von Subjekten entstehen kann.[2]) Am deutlichsten ist das Zustandekommen des objektiven Rechts bei der Entstehung des Völkerrechts zu beobachten. Die von den Völkerrechtssubjekten vereinbarten Normen sind nicht deswegen für Recht erklärt worden, weil sie Recht sind, sondern es ist erklärt worden, dass sie von jetzt ab Recht sein sollten, weil die gesamten Völkerrechtssubjekte übereinstimmend diese Regeln als Recht wollten. Weshalb wollten aber diese, dass die getroffenen Bestimmungen von jetzt ab Recht sein sollten? Weil sie ihren Interessen entsprachen, weil sie sie als von Wert für sich schätzten. Das Interesse, dieses Wertschätzungsurteil, war das Motiv ihres Wollens, wie überhaupt das Motiv jedes Wollens ein subjektives Wertschätzungsurteil ist. Ich will nur, weil ich etwas von Wert für mich schätze, resp. will nicht, weil ich es für unwert schätze. Dieses subjektive Wertschätzungsurteil mag, objektiv betrachtet, von Unwert für mich sein; jedenfalls halte ich es für Wert. Auch die altruistischste

[1]) vgl. zum folgenden Schuppe, Begriff des subj. R. und Stammler, in Kultur d. Gegenwart Teil 2 Abt. 8 Einl.

[2]) Stammler 20 und 38.

Handlung entspringt nur dem Egoismus im weiteren Sinne.[1]) Ein aus Mitleid entspringender Wille will nur das Unlustgefühl, das das Leiden mit einem anderen dem Mitleidigen bringt, beseitigen. Also ist jedes Motiv für ein Wollen das subjektive Interesse, das subjektive Wertschätzungsgefühl. Ein Wollen ohne Motiv ist aber undenkbar, infolgedessen ist der Wille jedes Subjekts durch das Wertschätzungsgefühl des Subjekts motiviert.[2])

Neben diesem subjektiven Wertschätzungsgefühl gibt es aber auch ein objektiv gültiges: das ist das einem jeden nach Abstreifung jedes individuellen Zuges übrigbleibende gattungsmässige Wertschätzungsgefühl. Dass solche objektiv gültigen Anschauungen auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannt und infolgedessen die Erkennung derselben vom Richter verlangt werden, ergibt sich aus den §§ 157, 242, 826 BGB.: Wenn z. B. Verträge nach Treu und Glauben beurteilt werden sollen, so bedeutet das, Verträge sind nach dem objektiv gültigen Begriff von Treu und Glauben, nach dem, was der Durchschnittsmensch unter Treu und Glauben versteht, auszulegen. Im selben Sinne ist das objektiv gültige Wertschätzungsgefühl zu verstehen.

Wie nun aus dem subjektiven Wertschätzungsgefühl ein subjektives Wollen, so entspringt aus dem objektiven ein objektives Wollen. Dies objektive Wollen ist die „volonté générale“ Rousseaus, das „soziale Wollen“ Stammlers, kurz, das objektive Recht.

---

[1]) Das ist von Kohler, Rechtsphil. 13, bei seinem Versuch der Widerlegung Jherings nicht beachtet worden.

[2]) Schuppe 2 ff.

Das objektive Recht will also das als gattungsmässig anerkannte Interesse des einzelnen deshalb, weil das gattungsmässige Wertschätzungsgefühl dies für sein Interesse erklärt. Daher verbietet das objektive Recht z. B. die Verletzung des Lebens und des Eigentums und der anderen von ihm für stets im Interesse des Individuums liegend gehaltenen Lebensgüter. Das Interesse des einzelnen verlangt aber möglichst geringe Bevormundung und Zwangsbeglückung. Im Interesse, auch im objektiv gültigen, des einzelnen liegt es, von seiner subjektiven Lage, nach seinem subjektiven Geschmack Gebrauch zu machen. „Das Interesse des Individuums, welches zu schützen das objektive Recht berufen ist, ist ihm nur durch den Individualwillen erkennbar.“[1]) Deshalb hat das objektive Recht unter bestimmten Voraussetzungen seinen Willen, dessen Motiv die objektiv gültige Wertschätzung ist, als identisch mit dem Willen des Subjekts erklärt. Auch der allgemeine Wille wollte diese Handlung, weil auch er sie für Wert schätzte.

Das objektive Recht erklärte also in einem Falle ohne Rücksicht auf den Willen des einzelnen bestimmte Interessen für Rechtsgüter des Subjekts, weil es den Willen des Subjekts als selbstverständlich voraussetzte, ein Fehlen desselben für anomal hielt. Im anderen Falle sanktionierte das objektive Recht den Willen des einzelnen zum subjektiven Recht, nachdem das Individuum tatsächlich diesen Willen hatte.

Auch das subjektive Recht ist also nur Willen, der für Recht erklärt wird, weil er dem objektiven Recht entspricht. „Ich habe ein Recht“, bedeutet: ich will, und das objektive Recht bestätigt meinen Willen.

---

[1]) Schuppe 39.

Von Bedeutung ist jetzt nur noch die Untersuchung des Ausdrucks: „ich habe ein Recht“. Sind wir uns darüber klar geworden, so haben wir unser Ziel erreicht, es ist uns dann möglich, festzustellen, ob ein Recht aus zwei Gründen „gehabt“ werden kann. „Ich habe das Vertrauen“, kann zweierlei bedeuten: einmal, ich bin das Subjekt des Vertrauens, d. h. ich habe das Vertrauen zu jemand, dann aber auch: ich bin das Objekt des Vertrauens, d. h. ich habe das Vertrauen jemandes.

In diesem zweiten Sinne ist der Ausdruck: „ich habe ein Recht“, zu verstehen. Er bedeutet: ich bin berechtigt durch das objektive Recht, ich habe das Recht des objektiven Rechts. Daraus ergibt sich, dass ich dasselbe subjektive Recht sehr wohl aus zwei Gründen haben kann. Dass man dasselbe aus zwei Motiven wollen kann, ist unbestreitbar. Wird ein solcher zweimal motivierter Wille durch das objektive Recht zum subjektiven Recht sanktioniert, ist der Wille jetzt ein subjektives Recht, so ist nicht einzusehen, warum dieser Wille, dies subjektive Recht, nicht ebenfalls zweimal motiviert sein sollte.

Hätte also der Inhaber der elterlichen Gewalt den Willen, das Kindesvermögen zu nutzen, einmal, weil er kraft Gesetzes die Nutzniessung habe, dann, weil ihm der Niessbrauch bestellt sei, und würde dieser Wille vom objektiven Recht sanktioniert, so würde er das Recht, das Kindesvermögen zu nutzen, soweit Niessbrauch und Nutzniessung sich decken, aus zwei Gründen haben. Die Voraussetzung für die Sanktion durch das objektive Recht oder, um mit Kipp zu reden, der Tatbestand, welcher als Bedingung für das Konkretwerden des abstrakthypothetischen Imperativs dient, ist nicht vorhanden. Der Beweis dafür wird in den folgenden Paragraphen erbracht werden.

III.

Darstellung der eigenen Lösung.

§ 7.

Der Unterschied zwischen Nutzniessung und Niessbrauch.

Gewöhnlich wird der Unterschied zwischen Nutzniessung und Niessbrauch von der Seite des Berechtigten aus betrachtet. Es wird festgestellt, inwieweit der Niessbrauch weitere Rechte als die Nutzniessung gewährt und umgekehrt. Wir werden die Verschiedenheiten beider Nutzungsrechte einmal von seiten des Eigentümers, an dessen Vermögen der Niessbrauch oder die Nutzniessung besteht, ansehen.

Der Unterschied zwischen der elterlichen Nutzniessung und dem Niessbrauch an einem Vermögen besteht mit einer Ausnahme[1]) nur in der Extensität, nicht in der Intensität beider Nutzungsrechte. Die im § 4 unserer Arbeit festgestellten Verschiedenheiten sind bis auf eine solche der Extensität. Der Unterschied der Extensität beider Nutzungsrechte zeigt sich einmal beim gleichzeitigen Nebeneinanderbestehen von Nutzniessung und Niessbrauch am selben Vermögen, dann aber auch im Nacheinanderbestehen. Beim Nebeneinanderbestehen werden zu gleicher Zeit verschiedene Gegenstände, beim Nacheinanderbestehen zu verschiedener Zeit die gleichen Gegenstände genutzt. Darin, dass die Nutzniessung das Vermögen in seinem wechselnden Bestande ergreift, der Niessbrauch nur die Gegen-

[1]) vgl. S. 30 d. A.

stände, an denen er bestellt ist, tritt der Unterschied in der räumlichen Extensität zu Tage. Beständen beide Nutzungsrechte gleichzeitig am selben Vermögen, so würden zwar im allgemeinen dieselben Gegenstände, jedoch durch die Nutzniessung noch andere als durch den Niessbrauch erfasst werden und umgekehrt. Z. B. zu dem Vermögen, an dem der Niessbrauch gemäss § 1085 und § 1089 BGB. bestellt ist, gehöre ein Grundstück, auf welchem ein Schatz entdeckt wird. Vermöge des Unterschiedes in der räumlichen Extensität, dass die Nutzniessung das Vermögen des Kindes in seinem wechselnden Bestande, der Niessbrauch nur diejenigen Gegenstände, an denen er bestellt ist, ergreift, unterliegt der Schatz nicht dem Niessbrauch,[1]) wohl aber der Nutzniessung. Es ist zu beachten, dass hier nicht etwa das Grundstück durch die Nutzniessung intensiver als durch den Niessbrauch genutzt wird. Eine intensivere Nutzung läge vor, wenn die Hälfte des Schatzes zu den Nutzungen der Nutzniessung, nicht aber zu denen des Niessbrauchs gehören würde, wenn also der Nutzniesser mehr Nutzungen aus dem seiner Nutzniessung unterliegenden Grundstücke herauszöge als der Niessbraucher kraft seines Nutzungsrechts. Das ist aber nicht der Fall. Durch die Schatzentdeckung und Inbesitznahme infolge der Entdeckung wird das Vermögen des Eigentümers der Sache, in welcher der Schatz verborgen war, um die Hälfte des Schatzes vergrössert (§ 984 BGB.). Vermöge der unterschiedlichen Extensität der beiden Nutzungsrechte unterliegt sie jetzt allein der Nutzniessung, weil diese eben ein Recht an einem Sondervermögen im ganzen und nicht ein Recht an einzelnen Gegen-

[1]) dies ist ausdrücklich im § 1040 BGB. hervorgehoben; vgl. auch Anm. 1 zu § 1040 bei Fischer-Henle.

ständen ist. Umgekehrt ist wieder der Niessbrauch räumlich extensiver bei dem oben S. 16 f. angeführten Beispiel, nach welchem der Niessbrauch an einer Sache trotz Veräusserung derselben durch den Besteller fortbesteht, die Nutzniessung aber erlischt.

Die Verschiedenheit in der zeitlichen Extensität ergibt sich daraus, dass die Nutzniessung aufhört, wenn z. B. das Kind volljährig wird, der Niessbrauch jedoch ohne Rücksicht darauf für die Dauer seiner Bestellung bestehen bleibt.

Der Unterschied zwischen zeitlicher und räumlicher Extensität ist nicht willkürlich. Am klarsten würde er hervortreten, wenn (wie nach Kipps Theorie) beide Nutzungsrechte miteinander konkurrieren könnten. In der Zeit, in welcher beide zusammen am Kindesvermögen bestanden, zeigte sich die verschiedene räumliche Extensität insofern, dass das eine Nutzungsrecht andere Gegenstände als das zweite Nutzungsrecht ergriffe. Die verschiedene zeitliche Extensität träte dadurch zu Tage, dass die gleichen Gegenstände, die früher beiden Nutzungsrechten unterlagen, (Kipp nimmt ja eine Konkurrenz beider Rechte an), jetzt nur noch einen, dem zeitlich extensiveren, unterliegen.

Bisher haben wir alle die Unterschiede in der Extensität zwischen Niessbrauch und Nutzniessung festgestellt. Von den beiden noch übrigbleibenden der im § 4 d. A. aufgezählten Unterschiede zwischen Niessbrauch und Nutzniessung ist die dort festgestellte Verschiedenheit beider Nutzungsrechte bezüglich verbrauchbarer Sachen ebenfalls extensiver Natur. Das römische Recht bezeichnete den Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen, bei denen das Eigentum an den Sachen auf den Niessbraucher überging, als quasi usus fructus, um

anzudeuten, dass es sich nicht um einen wirklichen Niessbrauch handelte. Gierke[1]) bezeichnet den quasi usus fructus als Niessbrauch am Werte der Sache, gibt damit aber nur eine Schilderung seiner wirtschaftlichen Funktion. Der Quasiniessbrauch ist nach M. Wolff[2]) so wenig Niessbrauch, wie das fiduziarische Eigentum Pfandrecht ist. Der sog. Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen scheidet also aus unserer Vergleichung von Niessbrauch und Nutzniessung aus. Es gibt keinen Niessbrauch im technischen Sinne an verbrauchbaren Sachen, wohl aber eine Nutzniessung. Auch diese Verschiedenheit ist also extensiver Art. Anders verhält es sich aber bei der Verschiedenheit zwischen Niessbrauch und Nutzniessung bezüglich des Mitbesitzes an Inhaberpapieren und des Verfügungsrechts über Kapitalien und Forderungen (siehe Seite 18). Dies ist aber der einzige Unterschied intensiver Natur zwischen den beiden Nutzungsrechten. Dass er wirklich intensiver Natur ist, ergibt sich daraus, dass der Niessbraucher alle diese Rechte haben würde, die der Nutzniesser nicht hätte, wenn ihm an denselben Gegenständen, die der Niessbraucher nutzt, die Nutzniessung zustände. Es werden zu gleicher Zeit die gleichen Gegenstände, aber diese qualitativ verschieden genutzt. Der Niessbraucher hat z. B. den Besitz an Inhaberpapieren, der Nutzniesser, dem das Verwaltungsrecht des Kindesvermögens fehlt, nicht. In der Praxis wird diese Verschiedenheit meist bedeutungslos sein. Denn es ist eine Ausnahme, wenn dem Nutzniesser nicht auch die Verwaltung des Kindesvermögens zusteht. Hat aber der Nutzniesser auch das Verwaltungsrecht ausser der Nutzniessung —

[1]) Deutsches Privat-R. § 147 2.

[2]) Sachen-R. § 120 II.

und das ist die Regel — so hat er auch diese oben bezeichneten Rechte intensiverer Nutzung, die dem Niessbraucher zustehen. Wer also nicht nur zur Nutzniessung, sondern auch zur Verwaltung des Kindesvermögens berechtigt ist, hat dasselbe intensive Nutzungsrecht, wie ein Niessbraucher.

Betrachten wir nun wieder die Wirkungen von Nutzniessung und Niessbrauch von seiten des genutzten Vermögens aus, so ergibt sich, dass die einmal bestehende Nutzniessung in der Regel dem Eigentümer das Recht, sein Vermögen zu nutzen, in derselben Weise entzieht, wie der Niessbrauch.

§ 8.

Die Unmöglichkeit der Niessbrauchsbestellung an Gegenständen, die der Nutzniessung unterliegen.

Aus dieser Gleichheit der Intensität von Nutzniessung und Niessbrauch folgt für den Fall, dass der Nutzniesser auch zur Verwaltung des Kindesvermögens berechtigt ist: den Kindern steht das Recht, ihr Vermögen zu nutzen, nicht zu, da der Inhaber der elterlichen Gewalt dies Recht kraft seiner Nutzniessung und seines Verwaltungsrechts bereits hat. Infolgedessen können die Kinder über dieses ihrem Vermögen entzogene Recht nicht mehr verfügen, auch nicht mit Zustimmung des Inhabers der elterlichen Gewalt als ihres gesetzlichen Vertreters. Selbst eine Zustimmung des elterlichen Gewalthabers als wahren Berechtigten (gemäss § 185 BGB.) liesse die Verfügung nicht wirksam werden. Nur wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt auf seine Nutzniessung wirksam (gemäss der Form des § 1662 BGB.) ver-

zichtete oder diese Nutzniessung sonst[1]) ausgeschlossen würde und somit den Kindern das Nutzungsrecht wieder zustände, erlangten diese auch die Verfügungsbefugnis durch ihren gesetzlichen Vertreter wieder. Wir unterstellen, der im Thema gestellten Frage gemäss, die Nutzniessung bestehe noch. Dann haben die Kinder zur Zeit der Niessbrauchsbestellung das durch die Nutzniessung entzogene Nutzungsrecht nicht.

Der Niessbrauch an einem Grundstück wird durch Eintragung (§ 873 BGB.), an beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe (§ 1032 BGB.) bestellt; an Rechten erfolgt die Bestellung des Niessbrauchs nach den Vorschriften über die Übertragung des betreffenden Rechts (§ 1069 BGB.). Die Einigung und Eintragung und die Einigung und Übergabe und Zession sind vertragliche, dingliche, abstrakte Verfügungsgeschäfte.[2]) Der Berechtigte verfügt über sein Recht, indem er es unmittelbar auf einen andern überträgt. Die Kinder haben, wie im § 7 am Ende gezeigt, nicht mehr das Nutzungsrecht an ihrem Vermögen. Wenn sie über dieses Recht verfügen, so handelt es sich um die Verfügung eines Nichtberechtigten. Nach § 185 BGB. ist die Verfügung eines Nichtberechtigten unwirksam. Unterstellen wir jetzt, der Nutzniesser habe nicht das Verwaltungsrecht und infolge-

---

[1]) z. B. durch den allein zur Ausschliessung berechtigten Erblasser gemäss § 1651 No. 2 oder wegen Verletzung des Rechts des Kindes auf Unterhaltsgewährung durch den Vater, gemäss § 1666 II BGB.

[2]) M. Wolff, Sachen-R. § 38 II. Auf die Streitfrage einzugehen, ob Einigung und Übergabe zusammen, oder ob Einigung allein ein dinglicher Vertrag ist, oder Einigung und Übergabe zwei dingliche Verträge seien, hat an dieser Stelle keinen Wert.

dessen auch ein qualitativ geringeres, d. h. ein weniger intensives Nutzungsrecht als der Niessbraucher, dann könnten die Kinder durch ihren gesetzlichen Vertreter trotzdem nicht dem Nutzniesser den Niessbrauch bestellen, auch nicht insoweit, als dieser sich mit der Nutzniessung nicht deckt.

Denn die Befugnisse, die dem Niessbrauch mehr als die Nutzniessung gewährt, stehen dem zu, der das Verwaltungsrecht hat, also der Mutter oder dem Vormund beim Ruhen der elterlichen Gewalt, oder dem Pfleger im Falle des § 1638, 1647 und 1670 BGB. Auf dies Verwaltungsrecht kann aber nicht verzichtet werden. Also selbst wenn der zur Verwaltung des Kindesvermögens Berechtigte der Niessbrauchsbestellung durch den gesetzlichen Vertreter — mit letzterem wird er meist identisch sein — zustimmt, so würde diese Bestellung als Verfügung eines Nichtberechtigten unwirksam sein. Der Verzicht des Verwaltungsberechtigten ist bedeutungslos. Das Recht, auf das er verzichtet hat, steht trotzdem ihm, nicht den Kindern zu. Also ist die Verfügung durch die Kinder auch hier unwirksam nach § 185 BGB. — Auch aus einem andern Gesichtspunkte musste man hier zu einer Ablehnung der Niessbrauchsbestellung kommen. Die Bestellung würde lediglich den Zweck haben, dem Vater die Rechte zu geben, die ihm kraft Gesetzes entzogen sind. Ein solches Rechtsgeschäft wäre, als gegen die guten Sitten verstossend, nichtig.

Kipp[1]) hält es für möglich, dass der Nutzniesser nur insoweit den Niessbrauch nicht bestellt erhalten kann, als er sich mit der gesetzlichen Nutzniessung deckt; wer formalistisch denkt, müsse zu dem Ergebnis kommen. Es scheint

[1]) Familien-R. § 81, Anm. 12.

jedoch zweifelhaft, ob man in der Tat zu diesem Resultat kommen muss. Nach Kipps Ansicht würde es sich um ein zum Teil unwirksames Rechtsgeschäft handeln. Dieses wäre dann eventuell nach § 139 BGB. als gültig anzusehen. Überlegen wir jedoch, welcher Teil des Niessbrauches nur bestellt werden kann. Der Niessbrauch ist in seiner Intensität fast kongruent der Nutzniessung (vgl. oben § 7). Dass auch die Bestellung der bezüglich der Intensität ungleichen Teile unmöglich ist, wurde oben gezeigt. Weitergehende Rechte würde der Niessbrauch also in unserm Fall nur dadurch gewähren, dass er bestehen bliebe, wenn auch die Nutzniessung, z. B. durch Tod oder Volljährigkeit der Kinder oder gutgläubigen Erwerb eines zum Vermögen der Kinder gehörigen Grundstückes vom Nichtberechtigten, falls das Eigentum der Kinder versehentlich im Grundbuch gelöscht sein sollte, aufhört. Zur Zeit der Bestellung des Niessbrauchs besteht aber noch die Nutzniessung, gewährt also wenn dem Nutzniesser auch das Verwaltungsrecht zusteht, alle die Rechte, die auch der Niessbrauch nur gewähren könnte. Daher bleibt überhaupt kein Teil übrig, dessen Bestellung möglich wäre. Denn kann man von einem Rechte als von einem Niessbrauch reden, dessen Inhalt es nicht ist, die Nutzungsziehungsbefugnis (das Essentiale des Niessbrauchs) zu gewähren, sondern, das lediglich das Recht begründet, künftig einmal die Nutzungen zu ziehen, wenn die Nutzniessung untergegangen ist? Sicherlich nicht. Die Niessbrauchsbestellung für die Zeit des Bestehens der Nutzniessung ist also nicht teilweise, vielmehr vollkommen unwirksam.

Diese Entscheidung wäre aber praktisch unbrauchbar, weil dann der Inhaber der elterlichen Gewalt aller der Vor-

teile, die ihm durch den Niessbrauch gewährt worden wären, verlustig geht. Der vom Erblasser gewollte wirtschaftliche Erfolg war aber gerade der, dem elterlichen Gewalthaber diese vom Niessbrauch gewährten weitergehenden Vorteile zukommen zu lassen. Nun wäre es aber rechtlich möglich, dass der Vertrag, durch den der Niessbrauch bestellt wird, unter einer Bedingung geschlossen würde. Die rechtliche Bezeichnung, die die Parteien dem von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäft gegeben haben, ist gleichgültig. „Die Frage, unter welches der benannten Rechtsgeschäfte gerade das konkrete Rechtsgeschäft fällt, entscheidet sich lediglich nach dem wirtschaftlichen Zweck, der damit verfolgt wird.“[1]) Der von den Parteien bezweckte wirtschaftliche Erfolg besteht darin, dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Nutzungen, die ihm durch den Niessbrauch zukämen, zu verschaffen. Dieser wirtschaftliche Erfolg liesse sich durch die unbedingte Niessbrauchsbestellung nicht erreichen, da diese unwirksam sein müsste, wohl aber durch einen unter der folgenden Bedingung bestellten Niessbrauch. Dieser solle dem elterlichen Gewalthaber mit Aufhören der Nutzniessung zustehen, gleichviel aus welchem Grunde deren Ende eintrete. Damit wäre der wirtschaftliche Erfolg, den die Parteien herbeizuführen bestrebt waren, eingetreten, wenn auch unter einer andern rechtlichen Konstruktion, als die Parteien sie angaben. Dass es aber auf die Bezeichnung der Parteien nicht ankommt, war schon oben gesagt.

Gehörte zu dem Kindesvermögen auch ein Grundstück, so dürfte der Niessbrauch nur mit der ebengenannten Bedingung eingetragen werden. Nach § 891 BGB. wird ver-

[1]) Danz **85**; vgl. Gruchots Beitr. **50** 847; RG. **38** 257 ff.

mutet, dass, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt unbedingt als Niessbraucher in das Grundbuch eingetragen ist, er in der Tat das Grundstück als Niessbraucher nutze. Das Grundbuch wäre jedoch unrichtig, die Eintragung wäre auf Grund des formalen Konsenses erfolgt. Ein materieller Konsens hätte nicht vorgelegen. Eine Löschung von Amts wegen findet in diesem Falle nicht statt. Es wäre aber im Interesse des Inhabers der elterlichen Gewalt, dass die Vermutung, er nutze das Kindesvermögen als Niessbraucher, zerstört werde. Wenn er nämlich unbedingt als Niessbraucher in das Grundbuch eingetragen ist, und infolgedessen seine Eigenschaft als Niessbraucher präsumiert wird, so muss zu gleicher Zeit auch vermutet werden, dass er nicht mehr Nutzniesser sei. Denn wie wir gesehen haben, konnte der Niessbrauch an einem Gegenstand nur bestellt werden, wenn dieser der Nutzniessung nicht unterlag. Dem Inhaber der elterlichen Gewalt und den Kindern käme dann also die Vorschrift des § 862 ZPO. nicht zugute. Deshalb können die Kinder durch einen gemäss § 1909 BGB. zu bestellenden Pfleger die Zustimmung des elterlichen Gewalthabers als Niessbraucher zur Berichtigung des Grundbuches gemäss § 894 BGB. verlangen, oder der Inhaber der elterlichen Gewalt kann gemäss §§ 19 und 40 GBO. selbst die Eintragung der Bedingung erwirken.

Aber auch wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt als Niessbraucher in das Grundbuch eingetragen ist, nutzt er das Grundstück materiellrechtlich als Nutzniesser.

§ 9.

Zusammenfassung des Ergebnisses.

Die Nutzniessung, die sofort mit dem Anfall des Vermögens an die Kinder entsteht, entzieht diesen das Recht,

ihr Vermögen zu nutzen, in derselben Weise, wie der Niessbrauch es entziehen würde,[1]) wenn er an diesem der Nutzniessung unterliegenden Vermögen bestellt würde. Die unbedingte Niessbrauchsbestellung ist also als Verfügung eines Nichtberechtigten nach § 185 BGB. nichtig. Sind aber Gegenstände nicht von der Nutzniessung ergriffen, die vermöge der grösseren räumlichen Extensität des Niessbrauchs von diesem belastet werden könnten, so steht einer Niessbrauchsbestellung an diesen Gegenständen nichts im Wege. Denn hier sind die Kinder über das Nutzungsrecht zu verfügen berechtigt. In dieser Beziehung ist es allein möglich, dass Niessbrauch und Nutzniessung gleichzeitig an einem Vermögen bestehen. Es ist dann aber eine reale Teilung des Vermögens vorhanden. Der eine Teil unterliegt allein der Nutzniessung, der andere, von der Nutzniessung freie, dem Niessbrauch. Das ist der Fall der Möglichkeit des gleichzeitigen Nebeneinanderbestehens (vgl. § 7 am Anfang). Sonst ist nur ein Nacheinanderbestehen von Niessbrauch und Nutzniessung und dies auch an den gleichen Gegenständen möglich.

Unser Ergebnis ist also: an den gleichen Gegenständen kann zu gleicher Zeit nicht Nutzniessung und Niessbrauch bestehen.

Nach unserer Ansicht ist, soweit sich Niessbrauch und Nutzniessung decken, d. h. soweit sie räumlich und zeitlich identisch sind, kein Erwerbsgrund für den Niessbrauch vorhanden. Nach der Meinung von Fuchs[2]) dagegen ist der Erwerbsgrund für Niessbrauch (die Bestellung), auch soweit

[1]) mit Ausnahme des oben S. 30 bezeichneten Falles, dass dem Nutzniesser nicht das Verwaltungsrecht des Kindesvermögens zusteht.

[2]) Fuchs, S. 61.

dieser sich mit der Nutzniessung deckt, vorhanden, der Niessbrauch nur nicht zur Entstehung gelangt. Der Fehler von Fuchs liegt darin, dass er nicht berücksichtigt, dass die Kinder nicht mehr über das Nutzungsrecht an ihrem Vermögen verfügen und infolgedessen den Niessbrauch nicht bestellen können. Derselbe Einwand wie gegen Fuchs ist auch gegen die Entscheidung von Kipp zu erheben. Der Tatbestand, der als Bedingung für das Konkretwerden des abstrakten hypothetischen Imperativs: Lasst den Inhaber der elterlichen Gewalt das Vermögen als Niessbraucher nutzen, dienen soll, ist nicht vorhanden. Der den abstrakt hypothetischen Imperativ verwirklichende Tatbestand ist die Niessbrauchsbestellung, und diese ist nichtig. Also ist auch der Imperativ nicht konkret geworden. In den „Doppelwirkungen im Recht“ (S. 221) gibt Kipp zu, dass auf derivativem Wege ein zweiter Eigentumserwerbsgrund sich nicht zum ersten gesellen könne, da dem zweiten Veräusserer die Legitimation fehlen müsste. Konsequent müsste Kipp also in unserem Falle sagen: die Kinder haben das Nutzungsrecht an ihrem Vermögen nicht mehr, also sind sie auch zu einer zweiten Nutzungsrechtsbestellung nicht legitimiert. Aus dem Obengesagten ergibt sich auch der Fehler in den Entscheidungen Staudingers und Plancks.

C. Schluss.

§ 10.

Die praktischen Folgen der gefundenen Entscheidung.

Gäbe es wirklich eine Konkurrenz von Nutzniessung und Niessbrauch, soweit sie sich decken, so hätte der Inhaber der elterlichen Gewalt wirtschaftliche Vorteile dadurch nicht. Denn die durch die Nutzniessung schon genutzten Gegenstände können nur in gleicher Intensität durch den Niessbrauch genutzt werden, mit Ausnahme des S. 30 d. A. erwähnten Falles, in dem zwar der Niessbraucher Mitbesitz an Inhaberpapieren und Verfügungsrecht über Kapital und Forderung hat, nicht aber der Nutzniesser. Im übrigen aber werden die Gegenstände, die nicht der Nutzniessung unterliegen, auch nach unserer Entscheidung von dem Niessbrauch ergriffen. Geht ferner die Nutzniessung unter, so entsteht sofort der Niessbrauch, da ja dann die Bedingung, von welcher sein Entstehen abhängig gemacht war, eingetreten ist. Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus wäre also die Annahme oder Ablehnung einer Konkurrenz immerhin gleichgültig.[1]) Nicht dagegen vom prozessrechtlichen. Denn die Schwierigkeiten, die sich aus der Annahme einer solchen Konkurrenz eventuell ergeben könnten, sind ausserordentlich gross (siehe hierzu Hellwig, System § 118 II 3 b).

Bot unsere Entscheidung, im Vergleich zu der von Kipp, dem Inhaber der elterlichen Gewalt keine grösseren wirt-

[1]) Ein Vorzug unserer Entscheidung ist es allerdings, dass nach ihr, wenn dem Vater die ihm kraft Gesetzes zustehende Verwaltung des Kindesvermögens entzogen wird, die Verwaltung nicht rechtsgeschäftlich (durch Niessbrauchsbestellung) wieder eingeräumt werden kann.

schaftlichen Vorteile, so ist nach ihr die Stellung des elterlichen Gewalthabers bedeutend besser, als nach der Lösung von Staudinger, Planck und der vom Oberlandesgericht Hamburg gefällten Entscheidung. Wäre der Inhaber der elterlichen Gewalt nur Niessbraucher, so kann er, sein Ehegatte und die noch unversorgten Kinder nur den notdürftigen Unterhalt erhalten, falls von den Gläubigern des elterlichen Gewalthabers dessen Einkünfte aus dem Niessbrauch gepfändet werden sollen. (§ 850 No. 3 ZPO.) Aber selbst, ob sie den notdürftigen Unterhalt erhalten, ist manchmal nicht ganz unzweifelhaft. Denn zur Geltendmachung der Pfändungsbeschränkung müsste bewiesen werden, dass die Nutzungen des Kindesvermögens fortlaufende Einkünfte seien, welche der Schuldner auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht. Das Vorliegen einer Freigebigkeit des Erblassers ist aber bestritten, wenn der Erblasser der Ehegatte des Inhabers der elterlichen Gewalt war, weil dann das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten verletzt worden ist.[1]) Ferner hätten, falls der elterliche Gewalthaber nur als Niessbraucher nutzt, die Kinder kein durch Gesetz ausdrücklich anerkanntes Widerspruchsrecht[2]) wie im Falle des § 862 III ZPO. Vor allem aber geniesst der Inhaber der elterlichen Gewalt nicht die unmittelbaren Wirkungen der Nutzniessung, die diese kraft ihrer vom Niessbrauch verschiedenen Extensität gewähren kann.

---

[1]) Dafür Bad. Rechtspr. 01 259; dagegen Petersen-Anger § 850, Anm. 7.

[2]) Es wäre allerdings möglich, ihnen nach § 766 ZPO. auch in diesem Falle ein Widerspruchsrecht zuzubilligen. Vgl. ähnliche Entscheidungen, in denen Dritten ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird, wenn ihnen die Aufhebung der Pfändung unmittelbar zugute kommt; OLGRspr. 4 152 und Bad. Rechtspr. 02 190.